

现代型诉讼对民事证据理论的冲击与反思

刘永祥

现代型诉讼的考察与界定

一、现代型诉讼也称公共性诉讼、结构性改革诉讼。在我国,对现代型诉讼的研究甚少,一些论著认为现代型诉讼就是带有现代社会特征的民事诉讼,如环境诉讼、消费者权益诉讼、医疗事故诉讼等等。但实际上,仅仅把现代型诉讼归结为人类物质文明的“现代化”未免过于片面化、直观化。因为即使在创设传统民事诉讼的近代,也存在着环境污染、小范围医疗事故等问题。只是由于人们权利意识的不自觉,才导致诉讼制度的欠缺和不完善。因此,要探究现代型诉讼的确切含义,就必须考察其与传统型诉讼的区别。

1、从主体上看,传统诉讼的当事人,其加害人与受害人在地位上可以相互转换,具有平等性;现代型诉讼的情形则相反,其加害人通常是具有特殊经济地位及能力的单位及其人员,受害人则是普通公民。

2、从对象上看,传统型诉讼以调整当事人之间当前的、特定的利益为主;现代型诉讼常常是为了调整当事人之间离散性、集团性和将来性的利益。

3、从因果关系上看,传统型诉讼中加害行为与损害事实之间存在的因果关系较为明确,因此要求受害人就因果关系的成立负举证责任;现代型诉讼的原因事实与损害发生的程度、内容及经过之间的关系往往不明确,要证明彼此之间存在因果关系十分困难。4、从程序构造上看,传统型诉讼采用的是当事人主义构造,法官在诉讼中处于被动的地位;现代型诉讼中的当事人表现为多极化和不对等性。为使案件能顺利判决,它要求法官成为创造性、能动性地进行准立法、准行政活动的管理者。

5、从判决效力上看,传统型诉讼的判决效力通常局限于一对一的当事人之间;现代型诉讼通常采用集团诉讼等当事人制度,其判决效力往往对当事人以外的第三人也有波及,并得以产生“诉

讼外部效力”。

如上所述,现代型诉讼是一种围绕着离散性利益、扩散性利益、集团性利益,当事人之间缺乏对等性,并在诉讼领域内带有强烈的公益性色彩的纷争。由于现代型诉讼独有的上述特点,它对以传统型纠纷为预设对象的民事诉讼构造必然产生强烈冲击。

二、缓和与倒置:现代型诉讼对证明责任的转换

所谓证明责任是指当法律要件事实在诉讼上处于真伪不明状态时,负有证实法律要件事实的当事人一方要承受法官不利判断的危险。按照传统证明责任分配的学说,主张积极事实存在的当事人应负证明责任,而主张消极事实存在的当事人不负证明责任。但是,若在现代型诉讼中,也要求原告方承担如此严格的证明责任,就可能出现大多数受害者的权益难以得到保护的局面。例如,一消费者购买了一种彩电,开机一定时间后,彩电自然起火。消费者向法院起诉,要求生产彩电的工厂赔偿损失。由于彩电生产的技术秘密完全由工厂掌握,消费者是无法知道的,如果法院认为消费者无法承担证明责任而判决其败诉是令人不能接受的。基于现代型诉讼中当事人之间存在严重的证据不平衡情形,在证明责任分配上出现了危险领域说,即主张依据待证事实属于哪一方当事人控制的危险领域,该当事人应负证明责任。笔者认为,危险领域说作为证明责任分配例外的规则现代型诉讼有其现实意义。在这类特殊的侵权领域中,损害事实、主观原因均属于加害人所能控制的领域,所以应当由加害人就不存在的因果关系、主观上无过失承担证明责任。这与“谁主张、谁举证”的一般证明责任分配原则相比,必然存在原被告之间证明责任的转换与倒置问题。

在我国,虽然最高人民法院在适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见中,就几例特殊的侵权诉讼作出了“举证责任倒置”的规定。但

是,这样有限的几种列举已经远远不能满足解决市场经济发展过程中不断涌现的现代型纠纷的需求。近几年来大量的消费者、患者被侵权但又举证困难的案件,由于不属于《民法通则》规定的适用过错推定原则,从而必须实际举证证明经营者或医方的过错。这种过分拘泥于实体条文的举证责任制对现代型诉讼中处于证明危机地位的原告的保护是极为不利的。为此,笔者建议采取在列举中扩大纠纷的种类来弥补法律空白。明确规定举证责任倒置的具体情形可分为两类。

1、对于实行无过错责任原则的特殊侵权纠纷案件由法律事先规定加害人的免责条件,免责事实的举证责任由加害人承担。法律已有的规定应当遵守,除此之外,还应增设环境污染引起的损害赔偿诉讼和产品质量纠纷引起的损害赔偿诉讼。

2、对于实行推定有过错的特殊侵权纠纷案件,被告须承担证明自己“无过错”的责任。除法律已有的规定之外,还应增设医疗事故引起的损害赔偿诉讼和消费者权益诉讼等。

三、一元与二元:现代型诉讼对证明标准的冲击

证明标准是指诉讼中各诉讼主体提出证据对案件情况等待证事实进行证明所应达到的程度。我国诉讼理论界一般认为,无论是刑事诉讼还是民事、行政诉讼,人民法院在认定案件事实时,均需达到“客观真实”的程度,具体即“案件事实清楚,证据确实充分”的要求。这一种一元制的证明标准,不仅在理论上受到质疑,同时亦不利于司法实践。当前,我国理论界与实务界均意识到民事案件的证明要求应当低于刑事案件的证明要求。借鉴英美法系的做法,应当建立二元制的证明标准,即刑事案件采用“排除合理怀疑”为证明标准;民事案件则采用“盖然性优势原则”,即诉讼请求权人提出的证据只要能够证明自己权利主张具有真实性、关联性和合理性即可。尽管对方当事人对诉讼请求人的证据提出的怀疑可能在逻辑上具有一定合理性,但只要他不能推倒该证明结论,也不能举证证明自己权利的真实性、关联性和合法性,人民法院就应当保护诉讼请求人的合法权益。笔者认为,现代型诉讼中证明主体的局限性(原告因客观原因难以对诉讼主张具体化,被告因趋利避害的本能隐瞒案件的客观真实);证明客体的局限性

(客体的瑕疵难以举证);证明时空和资源的局限性(原告因人力、财力的弱势无法完成证明活动)等等,决定了诉讼证明在大多数情况下达不到证明结果与案件客观事实完全一致的程度,因此,确立有别于刑事案件的盖然性优势的证明标准是消除现代型诉讼因主体不平等可能带来不公正的又一出路。

“盖然性”可以有三个区间与百分比式等级划分法相对应:1、初级盖然性。心证强度为50%~74%,表明事实大致如此;2、中级盖然性,心证强度为75%~84%,表明事实一般情况下如此;3、高级盖然性,心证强度为85%—99%,表明事实几乎如此。对于现代型民事案件应适用初级盖然性标准,同时参照大陆法系的日本在司法实践中探索的“比例认定”方法,即法官对过失的存在只要有50%以上的确信时,即可作出判决,承认原告获得请求额的一半以上认定法。也就是在判断有无过失之后,只要达到一种盖然性,而通过减少赔偿额的方法来减轻原告的举证责任。

四、移植与重构:现代型诉讼对证据发现程序的需求

发现程序是指当事人有权在法庭外直接向对方当事人索取或提供与案件事实有关的信息和证据的一项程序制度。发现程序主要有三个目的:1、保全那些在开庭审理时不能出庭的证人的相关证言;2、明确和挑出对抗双方确实存在的争议点;3、发现有助于证明每一个事实争议点的鉴定和其他证据。这个程序对现代型诉讼而言尤为重要。与传统型诉讼相比,现代型诉讼无论是当事人的主张还是争点的确定都已超出传统民事诉讼所预想的难度。比如环境污染案件,由于受科学技术和专业知识水平的限制,对于污染物的来源、所含的有害物质、可能造成什么损害,只有具备一定的专业技术知识的专业人员才能掌握和确定,而一般人很难知道和掌握。同国外的发现程序相比,我国证据发现程序的主体是法官,而非当事人。其内容是法官审查案件,调查自己认为有必要对弄清案情有利的证据材料,当事人之间不存在交换证据和情报以全面了解案情的途径。从而在实务上造成现代型诉讼中当事人的主张不全面,以及因争点不明确而导致庭审过程中出现的证据调查和辩论反复与冗长,更谈不上审前和解了。

在现代型诉讼日益增多的今天,我国有必要借鉴国外有关发现程序的做法,在审前准备阶段内设立证据发现程序,给予当事人充分提出主张,提出证据的行为空间。具体设想如下:

1、证据发现程序的启动应由当事人申请,法官决定。对现代型诉讼,这是必不可少的环节。

2、明确规定当事人双方收集、交换信息和证据的方法:(1)录取证言。(2)向对方当事人提出质间书,对方当事人必须回答,若一方当事人不回答,提出质间书有权申请法庭命令(令状),强迫对方给予答复。(3)要求对方当事人或第三人提供与案件有关的物证。(4)原告或被告要求对方自认事实、适用法律或文本制作是否真实。(5)完全提出证据义务,即当事人有权利请求对方提交对自己方不利证据的权利,当对方拒绝履行该义务时,法律必须赋予法院判决对方承担不利诉讼的权限。

3、证据发现的范围应当是与案件有关的但不属于保密特权的信息或证据。参考国外诉讼法的规定,除律师与委托人间、夫妻之间的保密特权、医生与患者之间的保密特权外,其余的证据材料,如书证、证人证言、鉴定结论、视听资料、物证照片均应列入庭前证据交换范围。

4、证据发现程序应当具有拘束力。当事人拒绝参加庭前证据交换的,法院可以发出强制参加开示的命令。经两次传票传唤,无正当理由拒不参加的,则应直接进入开庭审理程序,其法律后果由拒不参加的当事人承担。证据交换中当事人故意隐匿证据的,法官应宣布该证据失效,丧失提出权和证明权。

我国民事诉讼法第 64 条、第 65 条虽然规定了当事人一方对自己难以收集的证据可以请求人民法院依职权收集,而且有关单位和个人也不得拒绝人民法院的调查取证。但是,由于对证据范围规定过于笼统,对义务人不如实作证缺乏相应的制裁制度的保障,加之当前民事审判方式改革的方向是由职权主义向当事人主义转变,由此造成了法院依职权取证的弱化和空洞化。的确,为了适应社会主义市场经济的要求,尊重市场主体的意思自治,减少法院职权干预以便赋予当事人更多的诉讼权利是必须的。但是,在我国现有制度条件下,既没有完善的证据提出义务的规定,也没有证

据发现程序的保障,若再一味地强调证据调查制度上的当事人进行主义,在现代型诉讼日益涌现的今天,最终结果只能是强势群体的利益受到保护,而作为大多数人的弱势群体却对国家的司法正义逐渐失去信任。所以说,立足于当事人一方的程序正义在意义上大于立足于国家一方的程序正义,这就对民事审判方式改革实践提出一个基本要求。那就是弱化法院的职权只能局部性和特定化的,以此减少或避免在该层面上对当事人造成程序不正义。进而造成实体不正义。因此可以认为,由于现代型诉讼中原告在证据收集上的弱势地位十分明显,如医疗事故中无法查阅病历,法院取证的职权不仅不应该被弱化,而且应该予以强化。笔者认为,对法院依职权调查取证的范围和启动方式应予以明确规定:

首先,法院依职权调查取证的范围应包括:

1、当事人及其代理人因客观原因不能收集证据,而申请人民法院调查收集证据的。(1)因证据本身的特点和性质致使当事人无法收集的。如银行存款、档案、国家机密、企业技术秘密、商业秘密等。(2)因对方当事人或第三人的妨碍行为致使无法收集的。对于此种情况,当事人可申请人民法院责令对方当事人或第三人提供证据。

2、人民法院认为需要鉴定、勘验的,只能由人民法院进行,以保证证据的公正性、合法性。

3、当事人提供的证据相互矛盾无法认定的。在这种情况下人民法院需依法收集证据以判明双方证据的真伪。

4、人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

其次,为了最大限度地保持法官中立,法院必须设立内部独立的调查取证机构。对第一种情形的调查取证应由当事人填写申请表,由法官审查批准后,交调查官行使调查权;对后 3 种情形取证则可由法官直接签发调查令,由调查官进行调查。

作者 福建省漳州市经济开发区总办
法律事务研究部厦门大学法律
硕士研究生

邮编 363165